

# Investitionsschutzgericht in CETA: ein Schritt in die richtige Richtung

 [verfassungsblog.de/investitionsschutzgericht-in-ceta-ein-schritt-in-die-richtige-richtung/](http://verfassungsblog.de/investitionsschutzgericht-in-ceta-ein-schritt-in-die-richtige-richtung/)

Till Patrik Holterhus Di 8 Mrz 2016

Am Montag, den 29. Februar 2016 hat die Europäische Kommission den finalen (vorerst nur englischen) Entwurf des CETA-Abkommens [veröffentlicht](#). Während eine mit besonderer Spannung erwartete Antwort auf die Frage, ob die Europäische Kommission CETA nun als gemischtes oder als Abkommen in alleiniger EU-Kompetenz entwerfen würde, ausblieb (die EU-Mitgliedstaaten werden lediglich in eckigen Klammern als Vertragsparteien genannt), finden sich insbesondere in dem, vor allem wegen des darin verankerten Systems schiedsgerichtlichen Investitionsschutzes, vielkritisierten Investitionsschutzkapitel („Chapter Eight“) interessante Neuerungen.

Der Europäischen Kommission ist es im Rahmen der (eigentlich zuvorderst internen) Rechtsförmlichkeitsprüfung offensichtlich gelungen, mit den kanadischen Verhandlungspartnern [erhebliche Veränderungen in der Struktur des CETA-Investitionsschutzkapitels zu vereinbaren](#). Kurz zusammengefasst, nahezu alle wesentlichen Aspekte des jüngsten und vielbeachteten Vorschlages für ein [TTIP-Investitionsschutzkapitels](#) finden sich nun, wenn auch teilweise in leicht abgeänderter Form, ebenfalls im CETA-Investitionsschutzkapitel wieder.

Zwei wesentliche, im Zentrum der aktuellen investitionsschutzrechtlichen Debatte stehende Dimensionen sollen hier beleuchtet werden. Am Schluss steht dann ein kurzer Ausblick aus verfassungsrechtlicher Perspektive.

## Die rechtsstaatliche Dimension – insb. der CETA-Investitionsgerichtshof

Wichtigste und zugleich überraschendste Neuerung ist sicherlich die Schaffung eines Investitionsgerichts (CETA-Investitionsgerichtshof), welcher erstmalig im Entwurf eines TTIP-Investitionsschutzkapitels vorgeschlagen [und bereits Ende letzten Jahres auch erfolgreich in das EU-Vietnam-Freihandelsabkommen verhandelt](#) wurde. Die Europäische Kommission tritt damit vor allem der Kritik einer nicht rechtsstaatlichen Besetzung investitionsschutzrechtlicher Schiedsgerichte entgegen.

Das CETA-Investitionsschutzkapitel sieht nun die Errichtung eines erstinstanzlichen Investitionsgerichts (Art. 8.27.1, „Tribunal“) nebst Rechtsmittelinstanz (Art. 8.28.1, „Appellate Tribunal“) vor. Der Rechtsmittelinstanz kommt dabei nicht nur die (leicht eingeschränkte) Funktion einer weiteren Tatsacheninstanz, sondern insbesondere auch die Revision fehlerhafter Rechtsanwendung zu (Art. 8.28.2). Die Ernennung der Richter des Investitionsgerichts sowie der Rechtsmittelinstanz erfolgt ausschließlich durch den CETA-Hauptausschuss (Art. 8.27.5). Regierungsnahe oder gleichzeitig als Anwalt in Investitionsschutzstreitigkeiten tätige Personen sind von der Ernennung ausdrücklich ausgeschlossen. Zur Vermeidung sonstiger Interessenkonflikte gelten die „International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration“ (Art. 8.30.1). Darüber hinaus ist ein effektiver Mechanismus zur Stellung von Befangenheitsanträgen vorgesehen (Art. 8.30.2-4).

Sowohl das Investitionsgericht als auch die Rechtsmittelinstanz entscheiden regelmäßig in Spruchkammern von drei Richtern (Art. 8.27.6; 8.28.5), deren Besetzung dabei nicht durch die Streitparteien beeinflusst wird, sondern auf Rotationsbasis allein durch die jeweiligen Gerichtspräsidenten bzw. zufällig vorgenommen („random and unpredictable“) wird (Art. 8.27.7; 8.28.5).

Wie schon im vorherigen Entwurf des CETA-Investitionsschutzkapitels (2014) finden außerdem die neuen UNCITRAL-Transparenzregeln Anwendung (Art. 8.36). Daraus folgen die auch im CETA-Investitionsschutzkapitel selbst noch einmal festgeschriebene (Art. 8.36-38) Veröffentlichung aller Verfahrensdokumente sowie die Öffentlichkeit der mündlichen Verhandlungen. Auch bleibt es bei der Tragung der Prozesskosten durch die unterlegene Partei (Art. 8.39.5).

Die Prüfungskompetenz des CETA-Investitionsgerichtshofs beschränkt sich allein auf die Auslegung und Anwendung des Investitionsschutzkapitels, insbesondere die Rechtmäßigkeit nationaler oder europäischer Rechtsakte ist von der Überprüfung ausgeschlossen. Ist für die investitionsschutzrechtliche Bewertung einer hoheitlichen Maßnahme der konkrete Inhalt einer bestimmten Vorschrift des nationalen oder europäischen Rechts von Relevanz, muss der Gerichtshof sich außerdem ausschließlich auf die Auslegung der nationalen und europäischen Gerichte stützen (Art. 8.31.1-2).

Ob anhand dieser kompetenziellen Strukturierung des CETA-Investitionsgerichtshofs die im Rahmen der sog. Autonomie der Unionsrechtsordnung zu erwartenden Bedenken des EuGH gegen ein derartiges unionsfremdes Rechtsprechungsorgan zerstreut werden können, wird gleichwohl erst ein zu erwartendes Gutachtenverfahren nach Art. 218 Abs. 11 AEUV klären.

Unklar bleibt nach wie vor auch, wie sich dieser von schiedsgerichtlichen Strukturen recht deutlich abweichende Mechanismus auf die Einordnung der Urteile als Schiedssprüche und dementsprechend auf deren Vollstreckbarkeit in Drittländern nach der New York-Konvention als auch der ICSID-Konvention auswirkt (dazu [hier](#)).

## **Die demokratische Dimension – insb. das „right to regulate“**

Auch in dem vor allem wegen der potentiellen Einschränkung demokratischer Gestaltungsspielräume kritisierten materiellen Teil des CETA-Investitionsschutzkapitels ist eine Weiterentwicklung der Ansätze im Vergleich zum vorherigen Entwurf zu verzeichnen.

Während für die Sections B („Establishment of investment“, also Marktzugang usw.) und C („Non-discriminatory treatment“, also Inländergleichbehandlung, Meistbegünstigung usw.) die Ausnahmeklausel des Art. XX GATT entsprechend Anwendung findet (Art. 28.3.1), ist für Section D („Investment protection“, also faire und gerechte Behandlung, Enteignung usw.) ausdrücklich ein auch im internationalen Vergleich recht weitgehendes Bekenntnis zum Recht staatlicher Regulierung, dem sog. right to regulate (Art. 8.9.1-4, [etwas ausführlicher bereits hier](#)) verankert. Anders als im Vorschlag für ein TTIP-Investitionsschutzkapitel wird dabei sogar auf die ausdrückliche Nennung einer Erforderlichkeitsanforderung verzichtet (vgl. Sec. 2 Art. 2 TTIP-Investitionsschutzkapitel).

Besonders beachtenswert ist dabei die in Art. 8.9.2 niedergelegte Regelung, welche ausdrücklich festlegt, dass der Umstand staatlicher Regulierung, auch dann, wenn dadurch Investitionen beeinträchtigt werden, für sich allein genommen gerade noch keine Verletzung der materiellen Investorenrechte im Sinne des CETA-Investitionsschutzkapitels darstellt.

Die Zulässigkeit staatlicher Regulierung wird damit im Kontext einer normativ-gewichtenden Abwägungshilfe wohl zum investitionsschutzrechtlichen Regelfall, die Verletzung von Investorenrechten insoweit hingegen zur Ausnahme erklärt. Ob man darüber hinaus soweit gehen kann, gar von einer Umkehr der Darlegungslast auszugehen – es also anders als etwa im Rahmen der Ausnahmeklausel des Art. XX GATT damit künftig die Pflicht des Investors ist, darzulegen, warum eine investitionsbeeinträchtigende Maßnahme ausnahmsweise nicht durch das staatliche Recht zur Regulierung gedeckt ist – wird erst die Rechtsprechung des CETA-Investitionsgerichtshofes zeigen.

Die Verankerung des staatlichen Regulierungsrechts wird flankiert von einer recht strikten Definition des insoweit häufig als zu unbestimmt kritisierten Grundsatzes der fairen und gerechten Behandlung (Art. 8.10). Darüber hinaus wird festgestellt, dass die Verletzung nationaler Rechtsvorschriften keineswegs automatisch auch zu einer Verletzung des Grundsatzes der fairen und gerechten Behandlung führt (Art. 8.10.7). Hinzu kommt ein den Begriff der indirekten Enteignung definierender Annex (Art. 8.12.1 iVm Annex 8-A) mit erneutem Verweis auf das staatliche Regulierungsrecht (Annex 8-A, Nr. 3).

Bedauerlich ist hingegen, dass insbesondere im Kontext des staatlichen Regulierungsrechts nicht ausdrücklich auf die Kapitel zu nachhaltiger Entwicklung („Chapter Twenty-Two“), Arbeit („Chapter Twenty-Three“) und Umwelt („Chapter Twenty-Four“) Bezug genommen wird, um diese damit zum unmittelbaren Maßstab der

Zulässigkeit staatlicher Regulierung in Fragen des Investitionsschutzes zu machen.

## Ein Fall für das Bundesverfassungsgericht?

Soweit man den Abschluss völkerrechtlicher Investitionsschutzabkommen zwischen Rechtsstaaten in dieser Form nicht generell ablehnt (was rechtspolitisch durchaus mit guten [Argumenten](#) möglich ist, zum Vorschlag einer Verlagerung in den menschenrechtlichen Eigentumsschutz etwa [hier](#)), kann das nun vorgelegte CETA-Investitionsschutzkapitel sicherlich in gewisser Weise als ein Schritt in die richtige Richtung bezeichnet werden.

Mit den erfolgreich verhandelten Änderungen folgt die Europäische Kommission zumindest ihrem primärrechtlich in Art. 21 Abs. 1 und 2 lit. b EUV niedergelegten Auftrag, die EU-Außenpolitik an den Leitprinzipien der Rechtsstaatlichkeit und der Demokratie auszurichten.

Soweit die deutsche Kritik am Investitionsschutz in CETA auch mit dessen Verfassungswidrigkeit argumentiert wurde (auf der Grundlage des vorherigen CETA-Entwurfes (2014) etwa [hier](#) und [hier](#)), sollte diese nach der Einführung eines Investitionsgerichtshofs und der deutlichen Stärkung der staatlichen Regulierungsrechte, weitestgehend hinfällig sein.

Dies gilt jedenfalls dann, wenn man zur Kenntnis nimmt, dass sich die deutsche Verfassung nur insoweit als Maßstab für einen gemischten völkerrechtlichen Vertrag heranziehen lässt, wie dessen vertragliche Inhalte auch noch in den Kompetenzbereich des Mitgliedstaates Deutschland fallen ([so unlängst in diesem Forum auch Prof. Tietje](#)). Im Fall des Investitionsschutzes wäre dies also wohl maximal der Bereich der Portfolioinvestitionen, wollte man der EU hier nicht insgesamt eine Beeinträchtigung des Identitätskerns der deutschen Verfassung oder aber ein Handeln *ultra vires* unterstellen. Darüber hinaus beansprucht das Grundgesetz selbst im mitgliedstaatlichen Teil des völkerrechtlicher Vertrags CETA dann auch nur insoweit Geltung, als es um Kerngehalte der deutschen Verfassung (sog. „Art. 79 +X GG-Formel“) geht.

Es verbleibt daher die möglicherweise auch (verfassungs-)rechtlich zu problematisierende Diskriminierung inländischer bzw. innereuropäischer Unternehmen (dazu [hier](#) und [hier](#)), welche jedoch zuvorderst eine Frage des europäischen „Verfassungsrechts“, insbesondere der europäischen Diskriminierungsverbote aus Art. 18 AEUV sowie Art. 21 Abs. 2 EU-GRCh darstellt.

Schließlich sei nicht verschwiegen, dass durch CETA nun insgesamt acht mitgliedstaatliche Investitionsschutzverträge mit Kanada abgelöst werden ([Art. 2 VO \(EU\) 1219/2012](#)), welche sowohl institutionell als auch materiell nicht in Ansätzen mit dem Niveau des vereinbarten CETA-Investitionsschutzkapitel zu vergleichen sind.

---

**LICENSED UNDER CC BY NC ND**

SUGGESTED CITATION Holterhus, Till Patrik: *Investitionsschutzgericht in CETA: ein Schritt in die richtige Richtung*, *VerfBlog*, 2016/3/08, <http://verfassungsblog.de/investitionsschutzgericht-in-ceta-ein-schritt-in-die-richtige-richtung/>